ONDERWIJSRAAD

Aan de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
De heer drs. S. Dekker
Postbus 16375
2500 BJ Den Haag

Nassaulaan 6
2514 JS Den Haag

Telefoon: 070 310 00 00
Fax: 070 356 14 74
secretariaat@onderwijsraad.nl
www.onderwijsraad.nl

Ons kenmerk	Contactpersoon	Plaats/datum
20140249/1089		Den Haag, 12 december 2014
Uw kenmerk	Doorkiesnummer	Onderwerp
		Advies *Verhouding tussen zorgplicht en toelatingsbeleid*

Mijnheer de Staatssecretaris,

U heeft op 10 november jongstleden, op verzoek van de Tweede Kamer, de Onderwijsraad verzocht om een advies uit te brengen over de volgende twee vragen:
1) Hoe verhoudt zich de zorgplicht van scholen in het kader van passend onderwijs tot de mogelijkheid van bijzondere scholen om een toelatingsbeleid te voeren?
2) In hoeverre is artikel 23 GW in overeenstemming met artikel 2 van het protocol EVRM (recht op onderwijs)?[1]

Deze vragen zijn opgekomen tijdens het notaoverleg op 29 september jl. over de beleidsreactie op het advies van de Onderwijsraad over artikel 23 Grondwet.[2] De adviesvraag vloeit voort uit de in dat overleg voorgestelde motie van de leden Ypma en Straus.[3]

De Onderwijsraad heeft beide onderwerpen belicht in eerdere adviezen. Wat betreft het toelatingsbeleid van scholen deed hij dat met name in het kader van het advies *Het recht op toelating nader bezien* en het advies *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*.[4] De verenigbaarheid van artikel 23 Grondwet met artikel 2 van het eerste protocol EVRM (Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) is eveneens aan de orde gekomen in het advies over artikel 23 Grondwet.

Gelet op de formulering van uw vragen beperkt de raad zich in dit briefadvies tot een louter juridisch antwoord aan de hand van de huidige stand van het recht. In het onderstaande gaat de raad eerst in op de verhouding tussen enerzijds de zorgplicht in het kader van passend onderwijs en anderzijds de mogelijkheid van bijzondere scholen om een toelatingsbeleid te voeren (1). Daarna zal hij ingaan op de vraag in hoeverre artikel 23 Grondwet zich verdraagt met artikel 2 van het eerste protocol van het EVRM (2). Tot slot formuleert hij de algemene conclusie (3). Voor een meer uitgebreide bespreking van het recht op onderwijs in het EVRM verwijst de raad naar bijlage 2 bij het advies *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*.

---

[1] Naar de raad aanneemt gaat het hier om het recht op onderwijs zoals bepaald in artikel 2 van het *eerste* protocol van het EVRM.
[2] Kamerstukken II 2014-2015, 31135, nr. 48. *Verslag van een notaoverleg over de beleidsreactie op het Onderwijsraadadvies inzake artikel 23 Grondwet.*
[3] Kamerstukken II 2014-2015, 31135, nr. 46. *Gewijzigde motie van de leden Ypma en Straus ter vervanging van die gedrukt onder nr. 38.*
[4] Onderwijsraad (2010). *Het recht op toelating nogmaals bezien*. Den Haag: Onderwijsraad; Onderwijsraad (2012). *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*. Den Haag: Onderwijsraad.

1 Verhouding zorgplicht op grond van passend onderwijs en toelatingsbeleid van bijzondere scholen

Nadere verkenning adviesvraag
Uit het genoemde overleg van 29 september blijkt dat de eerste vraag is ingegeven door de zorg van Kamerleden dat scholen hun zorgplicht uit hoofde van passend onderwijs niet altijd (willen) nakomen en een leerling in dat geval afwijzen met een beroep op het eigen toelatingsbeleid op denominatieve gronden. Onbekend is echter of dit op kleinere of grotere schaal gebeurt. Het is ook nog te vroeg om dit te bepalen aangezien de systematiek van passend onderwijs pas per 1 augustus 2014 is ingevoerd. Wel zouden er incidentele gevallen bij Kamerleden bekend zijn, waaruit een dergelijk oneigenlijk gebruik van eigen toelatingsbeleid zou blijken.

In het algemeen merkt de raad op dat leerlingen die extra ondersteuning behoeven (hierna: leerlingen met ondersteuningsbehoefte[5]) niet op oneigenlijke gronden, van welke aard dan ook, mogen worden geweerd door een school, ongeacht of het hier een openbare of bijzondere school betreft. Gezien de discussie in de Kamer en de adviesaanvraag concentreert de raad zich in dit eerste adviesonderdeel op de (on)mogelijkheid om het eventuele toelatingsbeleid van bijzondere scholen aan te wenden om leerlingen met ondersteuningsbehoefte te weren van de eigen school. Het is zaak om te kijken wat in de wet- en regelgeving en jurisprudentie is bepaald over de zorgplicht op grond van passend onderwijs en het toelatingsbeleid van scholen. Daartoe zal de raad hieronder eerst ingaan op (a) de zorgplicht van scholen op grond van passend onderwijs, vervolgens (b) op het toelatingsbeleid van bijzondere scholen en tot slot (c) op de relatie tussen die twee.

a Zorgplicht in het kader van passend onderwijs
In artikel 40 WPO wordt de zorgplicht (en de daarin te onderscheiden verschillende stappen) van scholen omschreven[6]. Deze houdt in dat het bevoegd gezag beoordeelt of een aangemeld kind extra ondersteuning nodig heeft. Weigering van een leerling met ondersteuningsbehoefte vindt niet plaats "dan nadat het bevoegd gezag er, na overleg met de ouders en met inachtneming van de ondersteuningsbehoefte van de leerling en de schoolondersteuningsprofielen van de betrokken scholen, voor heeft zorg gedragen dat een andere school bereid is de leerling toe te laten."[7] Inmiddels zijn er verschillende uitspraken door de Geschillencommissie passend onderwijs gedaan, waaruit valt af te leiden aan welke inhoudelijke en procedurele voorwaarden in deze procedure moet zijn voldaan.[8]

De raad heeft over de zorgplicht eerder het volgende overwogen: "De zorgplicht betreft een inspanningsverplichting. De zorgplicht staat niet gelijk aan plaatsingsrecht. Ouders krijgen niet de garantie dat hun kind tot

---

[5] In de wettekst wordt gesproken over een "leerling die extra ondersteuning behoeft" (zie bijvoorbeeld artikel 40, lid 4, WPO). De omvang van die extra ondersteuningsbehoefte kan verschillend zijn. Omwille van de leesbaarheid kiest de raad in dit advies voor de term leerling met ondersteuningsbehoefte.
[6] Als de raad in dit advies over de WPO spreekt, bedoelt hij daarmee tevens de vergelijkbare bepalingen in de WEC en de WVO.
[7] Artikel 40, leden 3 en 4, WPO waarin de zorgplicht van scholen is beschreven, luiden letterlijk als volgt: "3. Het bevoegd gezag beoordeelt of de aanmelding een kind betreft dat extra ondersteuning behoeft. Hiertoe kan het bevoegd gezag de ouders verzoeken gegevens te overleggen betreffende stoornissen of handicaps van het kind of beperkingen in de onderwijsparticipatie. Onder extra ondersteuning wordt niet verstaan ondersteuning ter bevordering van de beheersing van de Nederlandse taal met het oog op het voorkomen en bestrijden van onderwijsachterstanden. 4. Indien de toelating van een leerling die extra ondersteuning behoeft, wordt geweigerd, vindt de weigering niet plaats dan nadat het bevoegd gezag er, na overleg met de ouders en met inachtneming van de ondersteuningsbehoefte van de leerling en de schoolondersteuningsprofielen van de betrokken scholen, voor heeft zorg gedragen dat een andere school bereid is de leerling toe te laten. Onder andere school kan ook worden verstaan een school voor speciaal onderwijs, een school voor speciaal en voortgezet speciaal onderwijs of een instelling voor speciaal en voortgezet speciaal onderwijs."
[8] Zie bijvoorbeeld de volgende uitspraken van de Geschillencommissie passend onderwijs: nr. 106465: Geschil over toelating leerling tot regulier gymnasium: VO (23 oktober 2014); nr. 106355: Geschil over toelating leerling tot regulier vmbo: VO (18 september 2014); nr. 106295: Geschil over verwijderingsbeslissing; PO (18 juli 2014); nr. 105998: Geschil over oprichting Samenwerkingsverband Passend Onderwijs: PO (18 november 2013). Zie www.onderwijsgeschillen.nl/ passend-onderwijs / geschillencommissie-passend-onderwijs/ (geraadpleegd op 3 november 2014).

de school van hun voorkeur wordt toegelaten. Voorkomen moet echter worden dat het samenwerkingsverband alleen bepaalt op welke school een leerling met de behoefte aan speciale onderwijszorg wordt geplaatst. De wens van de ouders zal zo veel mogelijk gehonoreerd moeten worden, rekening houdend met de hulpvraag van de leerling en de mogelijkheden van de school."[9]

Het vijfde lid van artikel 40 WPO vervolgt ten aanzien van bovenvermelde zorgplicht: "Het derde en vierde lid zijn niet van toepassing: a. indien op de school waar de leerling is aangemeld geen plaatsruimte beschikbaar is, of b. indien het bevoegd gezag de ouders bij de aanmelding verzoekt te verklaren dat zij de grondslag van het onderwijs op de school zullen respecteren dan wel te verklaren dat zij de grondslag van het onderwijs op de school zullen onderschrijven, en de ouders dit weigeren te verklaren."[10] Volgens de raad valt hieruit te concluderen dat de zorgplicht van een school niet geldt als de ouders van het aangemelde kind niet voldoen aan hetgeen op grond van het aan de grondslag gerelateerde toelatingsbeleid van hen kan worden gevraagd. Dit betekent dat als het kind vanwege de grondslag wordt geweigerd, de desbetreffende school niet gehouden is aan de verplichting om zorg te dragen voor plaatsing elders. Volgens de raad dienen de ouders in dit geval zelf het kind aan te melden bij een andere school op wie de zorgplicht wel van toepassing is.

De vraag om de richting te onderschrijven is uitdrukking van het meest restrictieve toelatingsbeleid op grond van richting. In de systematiek van passend onderwijs is er niet voor gekozen de zorgplicht van het bevoegd gezag te laten gelden in het geval het kind of zijn ouders weigeren de grondslag te respecteren of te onderschrijven. Dat in deze gevallen de zorgplicht van passend onderwijs niet geldt, komt de raad logisch voor, omdat hiermee het toelatingsbeleid van een school ten aanzien van aangemelde kinderen met en zonder ondersteuningsbehoefte gelijkelijk kan worden uitgevoerd. Gezien de ratio achter het toelatingsbeleid op denominatieve gronden is dat volgens de raad te rechtvaardigen. Als een kind vanwege de grondslag van een school niet hoeft te worden toegelaten, maar er wel een zorgplicht zou zijn, dan zou de niet-toelatende school de verplichting hebben de ondersteuningsbehoefte in kaart te brengen, op zoek te gaan naar een andere school en zo nodig het kind in de tussentijd, namelijk totdat een geschikte school is gevonden, op te vangen. Dit zou een inbreuk vormen op het toelatingsbeleid en voorbijgaan aan het principiële uitgangspunt in de systematiek van het duale onderwijsstelsel in Nederland "dat de ruimte voor de verschillende richtingen, en met name de 'kleine' richtingen die een toelatingsbeleid voeren op basis van het onderschrijven van de richting, gewaarborgd moet zijn."[11] Een en ander laat onverlet dat het ook in zo'n geval scholen vrij staat om ouders wel bij te staan in hun zoektocht naar een andere school en dat dit ook te waarderen valt.

Het bovenstaande betekent niet dat het toelatingsbeleid door (het bevoegd gezag van) een bijzondere school naar believen kan worden ingeroepen om de zorgplicht voor een leerling met een ondersteuningsbehoefte te vermijden of te ontduiken. Het inroepen van het toelatingsbeleid bij de beslissing een leerling de toegang tot een bijzondere school te weigeren – ongeacht of deze al dan niet specifieke ondersteuningsbehoeften heeft – is aan strenge voorwaarden gebonden. Deze voorwaarden zullen hierna nader worden beschreven.

---

[9] Onderwijsraad (2011). *Passend onderwijs voor leerlingen met een extra ondersteuningsbehoefte. Overwegingen bij het conceptwetsvoorstel passend onderwijs*. Den Haag: Onderwijsraad, p.31.
[10] De memorie van toelichting geeft hieromtrent niet meer informatie, maar herhaalt slechts de wetstekst: "De zorgplicht geldt niet wanneer de ouders weigeren te verklaren dat zij de grondslag van het onderwijs aan de school respecteren dan wel onderschrijven. Evenmin geldt de zorgplicht als er geen plaatsruimte beschikbaar is op de school." Kamerstukken II 2011-2012, 33106, nr.3, p.17.
[11] Onderwijsraad, 2010, p.30.

b Toelatingsbeleid van bijzondere scholen

Het waarborgen van ruimte voor bijzondere scholen om een toelatingsbeleid te voeren op basis van het respecteren of onderschrijven van de richting, vloeit voort uit het duale onderwijsstelsel in Nederland.[12] Het bijzonder onderwijs is gebaseerd op de vrijheid van richting, hetgeen betekent dat de eigen religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen in het onderwijs tot uitdrukking mogen komen. Daartoe behoort ook de mogelijkheid om op grond van die opvattingen leerlingen bij de toelating te selecteren. De vrijheid van selectie op grond van religieuze of levensbeschouwelijke grondslag is echter zeer beperkt.

Met de uitoefening van deze vrijheid mag het bevoegd gezag niet handelen in strijd met de AWGB (Algemene wet gelijke behandeling) en/of de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte. Dit betekent concreet dat uitvoering van het beleid niet tot een ongerechtvaardigd ongelijke behandeling mag leiden (op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, etnische afkomst, handicap of chronische ziekte).[13]

Uit de jurisprudentie vloeit voort dat een weigering tot toelating van een aangemeld kind door het bevoegd gezag van een bijzondere school op grond van godsdienst of levensovertuiging wel gerechtvaardigd is, als aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan:[14] 1) de grond tot weigering moet overeenstemmen met de doelstellingsbepaling die is opgenomen in de statuten van de rechtspersoon die de school in stand houdt; en 2) er moet een toelatingsbeleid zijn gevoerd dat consistent is met de geformuleerde doelstelling. "Een schoolbestuur dat aan beide voorwaarden voldoet, mag toelating weigeren of eisen – indien het tot toelating besluit – dat de ouders van een leerling de grondslag van de school onderschrijven, wat inhoudt dat ze moeten verklaren dat zij de religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen waar de school voor staat aanhangen. In het andere geval, wanneer het toelatingsbeleid niet consistent is met de statutaire doelstelling, heeft het schoolbestuur geen argument om een leerling die niet de richting aanhangt, de toegang te weigeren."[15] Concreet betekent dit dat het bevoegd gezag van een school met bijvoorbeeld een katholieke denominatie een hindoeïstische leerling niet mag weigeren op grond van zijn richting, als dat bevoegd gezag eerder leerlingen met een niet-katholieke levensovertuiging tot de school heeft toegelaten. Hieruit volgt dat een bijzondere school leerlingen met een ondersteuningsbehoefte op basis van de richting alleen kan weigeren als alle andere leerlingen van wie de ouders de grondslag van de school niet onderschrijven, ook geweigerd zijn of worden. Wel kan het bevoegd gezag in zo'n geval de voorwaarde stellen dat de ouders van deze hindoeïstische leerling en de leerling zelf de grondslag van de school respecteren.[16] Dit uitgangspunt is ook opgenomen in artikel 40, lid 5, sub b, WPO, waar het gaat om uitzonderingen op de zorgplicht. Ook de voorwaarde om de grondslag te respecteren zal consistent bij alle leerlingen – of zij nu een specifieke ondersteuningsbehoefte hebben of niet – gesteld moeten zijn of worden.

---

[12] Zie ook: Onderwijsraad, 2010.

[13] Mentink, D., Vermeulen, B. & Zoontjens, P.(2013). Commentaar op artikel 23 van de Grondwet. In E. Hirsch Ballin & G. Leenknegt (red.), *Wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet*, 13. Webpagina. Geraadpleegd op 9 december 2014 via www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?artikel=23.

[14] HR 22 januari 1988, AB 1988, 96 (Maimonides): "Daarbij moet worden vooropgesteld dat blijkens het onder 3.1.2 overwogene ten processe vaststaat dat die weigering in overeenstemming is met het toelatingsbeleid van de Stichting dat steunt op haar uitleg van in haar statuten neergelegde toelatingsnormen, alsmede dat het daarbij gaat om toelatingsnormen van religieuze aard die ertoe strekken de (religieus) Joodse identiteit van de school te handhaven". Dezelfde criteria komen aan de orde bij uitspraken van de (voorheen) Commissie gelijke behandeling (Cbg; thans geheten Commissie voor de Rechten van de Mens), bijvoorbeeld: Cbg 6 november 2001, Oordeel 2001-99.

[15] Mentink, Vermeulen & Zoontjens, 2013.

[16] "Juridisch dient een onderscheid te worden gemaakt tussen onderschrijven en respecteren. Onderschrijven betekent dat betrokkene zich met de grondslag kan verenigen en deze tot de zijne of hare maken (van de ouders wordt bijvoorbeeld verwacht dat zij kerkelijk meelevend zijn). Wanneer het bevoegd gezag stelt dat de leerling of deelnemer niet de grondslag respecteert, betekent dit dat er "gegronde vrees bestaat dat de betrokkene van die inschrijving en de daaraan verbonden rechten misbruik zal maken door in ernstige mate afbreuk te doen aan de eigen aard van de instelling". Onderwijsraad, 2010, p.25.

De raad ziet geen rechtvaardiging voor een eventuele keuze dat ten aanzien van leerlingen met een ondersteuningsbehoefte het eigen denominatieve toelatingsbeleid van scholen niet langer mag worden gevolgd. Het feit dat een leerling een ondersteuningsbehoefte heeft, zou haar of hem daarmee in een andere positie brengen dan een leerling zonder zodanige behoefte. Volgens de raad valt niet in te zien waarom in het ene geval het toelatingsbeleid zou moeten worden doorbroken, waar dat in het andere geval niet aan de orde is.

Overigens geldt de zorgplicht wel indien de richting van een bepaalde school voor ouders een zwaarwegende reden is om die school te kiezen en zij de grondslag respecteren of onderschrijven, maar de school niet kan voorzien in de extra ondersteuningsbehoefte van het kind.[17] In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel passend onderwijs is deze situatie besproken en hierover wordt (samengevat) het volgende gesteld: "Indien ouders bewust kiezen voor onderwijs van een bepaalde richting, dient de school van aanmelding daar rekening mee te houden bij de invulling van de zorgplicht, maar de mogelijkheid van toelating wordt ook door leerling- en schoolgebonden factoren bepaald."[18] De uitkomst zal afhankelijk zijn van de specifieke omstandigheden van het geval, waarbij niet alleen de belangen van de ouders en de ondersteuningsbehoefte van het aangemelde kind, maar ook de belangen van de al op school zittende kinderen en de draagkracht en het ondersteuningsprofiel van de school meegewogen worden.

In lijn met de memorie van toelichting meent de raad dat niet van een bijzondere school gevergd kan worden dat een leerling met een ondersteuningsbehoefte altijd toegelaten moet worden als het de enige school (binnen redelijke afstand) van de door de ouders gewenste richting is. Binnen de door de wetgever gekozen constructie past dat een school in zo'n geval de leerling naar een school begeleidt die wel aan de specifieke ondersteuningsbehoefte tegemoet kan komen. Een andere opvatting zou betekenen dat bijzondere scholen van (in een bepaald gebied) kleine richtingen alle mogelijke ondersteuningsarrangementen in huis moeten hebben. Dat zou een buitenproportionele last voor deze scholen betekenen en daarmee ten koste gaan van zowel de kwaliteit van de zorg voor de desbetreffende leerling als de kwaliteit van het onderwijs aan de andere leerlingen.

Een doelmatige besteding van middelen brengt met zich mee dat binnen samenwerkingsverbanden afspraken worden gemaakt over de afstemming van ondersteuningsprofielen van scholen. Tegelijk acht de raad het niet passend dat scholen hun ondersteuningsprofiel zodanig inrichten dat zij onevenredig veel leerlingen met ondersteuningsbehoefte kunnen weigeren. Op basis van onderzoek uitgevoerd voor de invoering van het passend onderwijs, zijn er aanwijzingen dat er verschillen bestaan tussen scholen wat betreft verwijzingspercentages naar het speciaal (basis)onderwijs, het percentage zorgleerlingen in de klas, de ervaring van leraren met het werken met groepsplannen, niveauverschillen in de klas, verwachtingen bij leraren ten aanzien van

---

[17] Een zelfde situatie kan zich overigens voordoen bij de enige openbare school binnen redelijke afstand, als de ouders voor hun kind openbaar onderwijs wensen.

[18] De volledige passage in de memorie van toelichting luidt: "De vraag kan zijn hoe te handelen als ouders hun kind hebben aangemeld bij een school van een bepaalde richting, terwijl de school niet kan voldoen aan de bij het kind horende ondersteuningsvraag. In een dergelijke situatie brengt de zorgplicht met zich dat de school, in overleg met de ouders, een passende oplossing voor het kind zoekt. Daarbij mag van de school worden verwacht dat zij hierbij betrekt hoe zwaar de genoemde elementen – derhalve ook de voorkeur voor onderwijs van een bepaalde richting – wegen voor de ouders. Wanneer adequate ondersteuning kan worden geboden door een school van een andere richting of door een (richtingneutrale) openbare school, zal dit voor sommige ouders een goed alternatief vormen. Ingeval de richting een zwaarwegend element is voor de ouders, mag worden verwacht dat wordt gekeken of binnen het samenwerkingsverband of eventueel daarbuiten een school kan worden gevonden die wel de gewenste combinatie van richting en ondersteuningsaanbod kent. (…) Hoewel de keuze voor onderwijs van een bepaalde richting een zwaarwegend recht is van de ouders, gaat dit recht niet vanzelfsprekend voor het belang van het kind in die zin dat recht wordt gedaan aan zijn ondersteuningsvraag. Of van de school kan worden gevergd een kind toe te laten van wie bekend is dat voor zijn specifieke handicap of stoornis niet de goede ondersteuning of aanpak kan worden aangeboden, zal afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval, waarbij het redelijk voorkomt om niet alleen de belangen van de ouders en van het desbetreffende kind, maar ook de belangen van de al op school zittende kinderen zorgvuldig te wegen. De draagkracht van de school kan in bepaalde gevallen leiden tot een beperking van de keuzevrijheid van ouders. Dit is onder het huidige systeem van leerlinggebonden financiering ook zo." Kamerstukken II 2011-2012, 33106, nr. 3, p.17.

passend onderwijs, en de mate waarin zij leerlingen met ondersteuningsbehoefte kunnen bieden wat nodig is.[19] Vooralsnog is er geen onderzoek uitgevoerd waarin empirisch is vastgesteld dat er significante verschillen zijn tussen scholen van verschillende richtingen in hoe zij omgaan met passend onderwijs, het inrichten van ondersteuningsprofielen en het al dan niet toelaten van leerlingen met ondersteuningsbehoefte.

Wel doet zich een bijzondere situatie voor als scholen vanwege hun richting niet deelnemen aan een samenwerkingsverband in hun regio, maar zich met andere scholen met dezelfde grondslag verenigen in een landelijk samenwerkingsverband.[20] De keuze voor een dergelijk samenwerkingsverband – waarbij dus niet wordt samengewerkt met of doorverwezen naar scholen van een andere richting (of openbare scholen) in de eigen regio – impliceert volgens de raad dat op scholen een aanvullende verantwoordelijkheid rust om als enige school van een bepaalde richting in de regio voor een passend ondersteuningsaanbod zorg te dragen, omdat doorverwijzing naar een andere school voor ouders grotere lasten met zich brengt.[21] Ook in dergelijke gevallen kan echter niet van scholen gevergd worden dat zij álle kinderen met een ondersteuningsbehoefte op kunnen nemen.

c Relatie zorgplicht en toelatingsbeleid

Zoals uit het bovenstaande blijkt, staat de zorgplicht uit hoofde van passend onderwijs los van de vrijheid van bijzondere scholen een eigen toelatingsbeleid op denominatieve grond te voeren. Bij de zorgplicht zal de school moeten bezien of en motiveren waarom hij al dan niet aan de ondersteuningsbehoefte van een aangemelde leerling kan voldoen. De gezindte van de school speelt hierbij geen rol. Bij het toelatingsbeleid speelt daarentegen de ondersteuningsbehoefte van de leerling geen rol van betekenis, maar dient louter te worden gekeken of is voldaan aan de strikte vereisten tot het gerechtvaardigd kunnen afwijzen van een leerling op basis van het eigen toelatingsbeleid op denominatieve grond.

2 In hoeverre is artikel 23 Grondwet in overeenstemming met artikel 2 van het eerste protocol EVRM (recht op onderwijs)?

In het notaoverleg van 29 september is eveneens discussie geweest over de vraag in hoeverre de grondwettelijke bepaling inzake de onderwijsvrijheid (artikel 23 Grondwet) in overeenstemming is met het verdragsrechtelijke recht op onderwijs (artikel 2, eerste protocol, EVRM). De Onderwijsraad gaat in dit adviesonderdeel op deze vraag in.

Geen strijd artikel 23 Grondwet met artikel 2, eerste protocol, EVRM

De Onderwijsraad meent dat van strijd tussen artikel 23 Grondwet enerzijds en artikel 2, eerste protocol, EVRM anderzijds – in het bijzonder wat betreft de toelating van leerlingen tot het bijzonder onderwijs – geen sprake is. Wel kennen beide bepalingen een andere oriëntatie.

---

[19] Smeets, E., Ledoux, G., Blok, H., Felix, C., Heurter, A., Van Kuijk, J. & Vergeer, M. (2013). *Op de drempel van Passend onderwijs. Beleid en aanbod rond specifieke onderwijsbehoeften in zes samenwerkingsverbanden.* Nijmegen: ITS, p. 41, p.135-136 en p.145.

[20] De reformatorische scholen hebben ervoor gekozen zich te verenigen in een landelijk samenwerkingsverband; overigens wel verdeeld over vier regio's.

[21] Tijdens behandeling in de Eerste Kamer is over de mogelijkheid van een landelijk samenwerkingsverband gesproken. De toenmalige minister van OCW heeft hieromtrent het volgende opgemerkt: "In het wetsvoorstel wordt mogelijk gemaakt om een landelijk verband naar richting op te richten. Voorwaarden hiervoor zijn: • dat alle scholen in Nederland van die richting aansluiten bij dit samenwerkingsverband (deze scholen staan ook als zodanig in het basisregister instellingen (BRIN) geregistreerd), • dat alle onderwijssoorten in die richting worden aangeboden, inclusief (v)so cluster 3 en 4. Schaalgrootte als zodanig is geen voorwaarde voor het kunnen oprichten van een landelijk samenwerkingsverband." W2647 en 2698.MVA, p.40.

De raad vergeleek beide bepalingen eerder als volgt. Gelet op de jurisprudentie van het EHRM (Europees Hof voor de Rechten van de Mens) en de betekenis van artikel 23 Grondwet, "valt op dat de reikwijdte van het recht op onderwijs op een aantal punten ruimer is dan die van artikel 23 Grondwet. Zo is er op grond van het EHRM een directe relatie tussen recht op onderwijs en de leerplicht, terwijl de Grondwet deze slechts veronderstelt. (…) Er zijn echter ook punten waarop de bescherming van artikel 23 Grondwet sterker moet worden geacht. Een duaal bestel van openbaar en bijzonder bekostigd onderwijs is volgens het verdragsrecht niet vereist. Ook het principe van gelijke bekostiging van openbaar en bijzonder is er onbekend. Verder kan ook het in artikel 23 Grondwet vastgelegde legaliteitsprincipe – waarbij geldt dat op zeven plaatsen in het grondwetsartikel regeling bij wet wordt vereist – als een vorm van toegevoegde bescherming worden beschouwd. Het recht op onderwijs zwijgt over het niveau waarop in de staat onderwijsbeleid moet worden gevoerd."[22]

Artikel 23 Grondwet en artikel 2, eerste protocol, EVRM gelden beide in onze rechtsorde. In het geval de Grondwet in strijd zou zijn met artikel 2, eerste protocol, EVRM, zou de Grondwet voor het verdragsartikel moeten wijken, aangezien het laatstgenoemde artikel als een ieder verbindende verdragsbepaling geldt.[23] Volgens de raad is van een dergelijke onverenigbaarheid evenwel geen sprake.

Eerder heeft de raad erop gewezen dat de bepaling uit het EVRM wel beter dan artikel 23 Grondwet aan lijkt te sluiten op de actualiteit en diversiteit van de problemen die zich in het onderwijs voordoen; onder andere vanwege de gerichtheid op de onderwijsvrager en omdat ook pedagogische opvattingen onder de te eerbiedigen overtuigingen van ouders vallen.[24] De raad heeft in dat kader gesteld dat het recht op onderwijs in het internationale recht (onder andere artikel 2, eerste protocol, EVRM) onderdeel is van het interpretatiekader voor artikel 23 Grondwet.[25] Mede in dat licht heeft de raad voorstellen gedaan voor een moderne interpretatie van artikel 23 Grondwet.

Hieronder gaat de raad nader in op de strekking en reikwijdte van artikel 2, eerste protocol, EVRM in vergelijking met artikel 23 Grondwet. De raad vergelijkt de twee bepalingen aan de hand van de volgende aspecten:

- a) Wat wordt gegarandeerd? Hoe verhouden strekking en bereik van beide bepalingen zich tot elkaar?
- b) Hoe verhoudt "overtuigingen" in artikel 2, eerste protocol, EVRM zich tot "richting" in artikel 23 Grondwet?
- c) Tot wie richt de bepaling zich en wie kunnen er rechten of plichten aan ontlenen?
- d) Kan het recht op onderwijs van artikel 2, eerste protocol, EVRM – direct of indirect – tegen bijzondere scholen worden ingeroepen?
- e) Staat artikel 2, eerste protocol, EVRM het weigeren van toegang aan leerlingen op denominatieve gronden door bijzondere scholen toe?

a Strekking en bereik vergeleken

Ten eerste gaat de Onderwijsraad in op de strekking en het bereik van artikel 2, eerste protocol, EVRM vergeleken met artikel 23 Grondwet.

---

[22] Onderwijsraad, 2012; p.83.
[23] HR 22 januari 1988, AB 1988/96 (Maimonides) en HR 14 april 1989, AB 1989, 207, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet). Op grond van artikel 94 Grondwet zouden Nederlandse rechters artikel 23 Grondwet buiten toepassing moeten laten indien het niet verenigbaar zou zijn met artikel 2, eerste protocol, EVRM.
[24] Onderwijsraad, 2012; p.84.
[25] Onderwijsraad, 2012; p.22 en p.84-86.

Artikel 2, eerste protocol, Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

Niemand mag het recht op onderwijs worden ontzegd. Bij de uitoefening van alle functies die de Staat in verband met de opvoeding en het onderwijs op zich neemt, eerbiedigt de Staat het recht van ouders om zich van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, die overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen.

Eerste volzin

Artikel 2, eerste protocol, EVRM garandeert het recht onderwijs te volgen. Het individu heeft het recht zich nieuwe kennis, vaardigheden en attitudes eigen te maken.[26] Het recht op onderwijs is in de kern drieledig. Het gaat om het recht op toegang tot onderwijs, het recht om daadwerkelijk aan onderwijs deel te nemen en het recht op erkenning van verworven diploma's.

De staat mag het recht op onderwijs niet ontzeggen aan iemand die op zijn grondgebied verblijft. Uit de eerste volzin van artikel 2, eerste protocol, EVRM volgt dat de staat ervoor moet zorgen dat er voor het leerplichtig onderwijs "een stelsel van basisvoorzieningen" is.[27] Verder hoeft de staat niet te gaan. Het EHRM heeft bepaald dat de op de staat rustende verplichting betrekking heeft op het voor iedereen toegankelijk zijn van en effectief kunnen deelnemen aan het op een bepaald moment bestaande, door de staat gefaciliteerde stelsel van onderwijsvoorzieningen:[28] "While Article 2 of Protocol No. 1 cannot be interpreted as imposing a duty on the Contracting State to set up or subsidise particular educational establishments, any State doing so will be under an obligation to afford effective access to them. Put differently, access to educational institutions existing at a given time is an inherent part of the right set out in the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1."[29] Het Hof heeft daarnaast bepaald dat een staat ook aan zijn verplichting volgens de eerste volzin in samenhang met de tweede volzin kan voldoen door naast staatsscholen een alternatief stelsel van private scholen te bekostigen.[30] Op die manier kan een staat het recht op onderwijs verzekeren voor leerlingen wier ouders op religieuze of filosofische gronden bezwaar hebben tegen het openbaar onderwijs.

Hiermee sluit artikel 2, eerste protocol, EVRM goed aan bij de zorg voor het onderwijs, die artikel 23, eerste lid, Grondwet aan de regering opdraagt. Het vierde lid van artikel 23 Grondwet regelt een vergelijkbare, zelfs meer strikte en zwaardere verplichting door de overheid op te dragen zorg te dragen voor een afdoende aanbod aan openbaar lager onderwijs.[31]

Tweede volzin

Artikel 2, eerste protocol, EVRM draagt de staat op om bij alle functies die hij ten opzichte van opvoeding en onderwijs onderneemt, het recht van ouders te respecteren om zich te verzekeren van opvoeding en onderwijs in overeenstemming met de eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen. De tweede volzin stelt daarmee eisen aan inhoud en vorm van het onderwijs. Op grond van de tweede volzin is de staat gehouden om ervoor te zorgen dat het curriculum van en de kennisoverdracht binnen het door de overheid beschikbaar gestelde

[26] Onderwijsraad, 2012, p.79.
[27] Vermeulen, B. (1999). *Constitutioneel onderwijsrecht,* Den Haag: Reed Business, p.106.
[28] EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak); EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen); EHRM 19 oktober 2012, (Catan et al t. Moldavië en Rusland); EHRM Research Division (2011). *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, p.17. Zie ook Vermeulen, 1999, p.106 en Mentink, Vermeulen & Zoontjens, 2013, p.32.
[29] EHRM 27 mei 2014 (Velyo Velev t. Bulgarije); eerder EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak); EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen).
[30] EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen).
[31] "In elke gemeente wordt van overheidswege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal openbare scholen. Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven, al dan niet in een openbare school."

onderwijs objectief, kritisch en op een pluralistische manier plaatsvinden.[32] Dit komt overeen met de bepalingen in de sectorwetten dat het openbaar onderwijs "wordt gegeven met eerbiediging van ieders godsdienst of levensbeschouwing."[33]

Als het curriculum op een bepaald onderdeel niet voldoende objectief, kritisch en/of pluralistisch is, dient de staat een volledige vrijstelling van dat onderdeel te verlenen, in overeenstemming met de overtuigingen van de ouders.[34] Daarbij kan de staat niet worden verplicht om alternatief onderwijs aan te bieden.[35] De voorgeschreven eerbiediging van ouderlijke opvattingen door de staat brengt anderzijds niet met zich dat ouders zich kunnen onttrekken aan de leerplicht[36] of dat de staat moet afzien van "imparting through teaching or education information or knowledge of a directly or indirectly religious or philosophical kind."[37]

De plicht tot eerbiediging van godsdienstige of filosofische overtuigingen betekent evenmin dat de staat speciale scholen moet stichten die overeenkomen met de overtuigingen van ouders.[38] De tweede volzin verplicht de staat niet om scholen op religieuze grondslag op te richten, te erkennen of om private scholen te bekostigen.[39] Wat dat betreft gaat artikel 23 Grondwet verder als het stelt dat het bijzonder algemeen vormend lager onderwijs en het openbaar onderwijs op gelijke voet uit de openbare kas bekostigd worden, mits dat bijzonder onderwijs aan de bij de wet te stellen voorwaarden voldoet. Het duale stelsel en de financiële gelijkstelling van openbaar en bijzonder onderwijs in artikel 23 Grondwet zijn volgens het verdrag niet dwingend. Wel volgt uit artikel 2, eerste protocol, EVRM – net als uit artikel 23 Grondwet – het recht om een school te stichten.[40]

b Overtuiging breder dan richting

Artikel 2, eerste protocol, EVRM en artikel 23 Grondwet lopen uiteen als het gaat om welke opvattingen van ouders in het onderwijs gerespecteerd moeten worden.

Bij de tweede volzin van artikel 2, eerste protocol, EVRM gaat het om overtuigingen in de ruime zin des woords. Het is voldoende dat het gaat om een samenhangend stel van ideeën met "a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance".[41] Het richtingbegrip in artikel 23 Grondwet is beperkt. Het gaat alleen om "een geestelijke stroming die zich in een binnen Nederland waarneembare beweging openbaart en ook op andere terreinen van het leven doorwerkt."[42] In Nederland wordt slechts een beperkt aantal richtingen erkend. Artikel 2, eerste protocol, EVRM biedt dan ook meer ruimte voor het respecteren van pedagogische opvattingen of de positie van andere dan religieuze of levensbeschouwelijke minderheden in het onderwijs.

Daar staat tegenover dat het bij artikel 2, eerste protocol, EVRM enkel gaat om een plicht om te eerbiedigen, terwijl artikel 23 Grondwet voor richtingen een positief recht tot het oprichten van onder bepaalde voorwaarden bekostigde scholen kent. Niettemin heeft de raad mede in het licht van het ruimere begrip overtuiging in artikel

---

[32] EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen); EHRM 6 oktober 2006, nr. 45216/07 (Appel-Irrgang t. Duitsland); EHRM 9 oktober 2007, nr. 1448/04 (Hasan en Eylem Zengin t. Turkije); EHRM 29 juni 2007, nr. 15472/02 (Folgerø e.a. t. Noorwegen); EHRM 19 oktober 2012 (Catan et al t. Moldavië en Rusland)
[33] Zie: artikel 46, derde lid, WPO; artikel 49, derde lid, WEC; artikel 42, derde lid, WVO.
[34] EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen); EHRM 29 juni 2007, nr. 15472/02 (Folgerø e.a. t. Noorwegen); EHRM Research Division, 2011, p.18.
[35] EHRM 15 juni 2010, nr. 7710/02 (Grzelak t. Polen); EHRM 25 februari 1982, Publ. ECHR, Series A, vol. 48 (Campbell en Cosans); Zie ook Onderwijsraad, 2012, p.82.
[36] EHRM 11 september 2006, nr. 35504/03 (Konrad t. Duitsland); EHRM Research Division, 2011, p.19.
[37] EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen).
[38] EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak); Zie ook Vermeulen, 1999, p.106.
[39] EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak); EHRM 5 juli 1977/EHRM 6 maart 1987.
[40] Zie ook Vermeulen, 1999, p.108.
[41] EHRM 19 december 1996, RJD 1996-VI (Valsamis t. Griekenland); Mentink, Vermeulen & Zoontjens, 2013, p.33.
[42] ABRvS 11 februari 1997, AB 1998, 28 (Evangelische richting); Mentink, Vermeulen & Zoontjens, 2013, p.8.

2, eerste protocol, EVRM eerder gepleit voor het overstappen op een richtingvrije planning van scholen om aan de pluraliteit van opvattingen van ouders recht te kunnen doen.[43]

c Verschil in dragers van rechten en plichten

Artikel 23 Grondwet en artikel 2, eerste protocol, EVRM verschillen in tot wie zij zich richten. Zij kennen aan andere actoren rechten en plichten toe. Artikel 2, eerste protocol, EVRM garandeert de rechten van onderwijsvragers: het recht van de leerling/student om onderwijs te genieten en de keuzevrijheid van ouders[44], met bijpassende verplichtingen voor de staat. In artikel 23 Grondwet staan de onderwijsaanbieders centraal, naast de grondwettelijke opdracht aan de regering om zorg te dragen voor het onderwijsstelsel (en daar jaarlijks verslag over uit te brengen) en de opdracht aan de wetgever om het openbaar onderwijs te regelen en bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs te stellen.[45] Vanuit beide perspectieven – overheid en aanbieders – gaat de Grondwet in op de inrichting van het onderwijs en de onderlinge relaties.

Waar artikel 2, eerste protocol, EVRM dus rechten van onderwijsvragers garandeert, bevat artikel 23 Grondwet vooral waarborgen voor de vrijheid van onderwijsaanbieders tegen overheidsinmenging in hun autonomie. Daarmee verschillen de dragers van de onderwijsvrijheid respectievelijk de rechthebbenden op onderwijs tussen de beide artikelen. Ook gaat artikel 23 Grondwet verder in het in positie brengen van de wetgever. Anders dan in artikel 2, eerste protocol, EVRM vereist de Grondwet dat delen van het onderwijsbeleid bij wet geregeld worden of ten minste een basis in een wet hebben.[46]

De raad heeft er eerder op gewezen dat de grondwetgever het recht van de onderwijsvrager wel op het oog heeft gehad. De gedachte zou zijn geweest dat door het recht om onderwijs te geven te waarborgen, de mogelijkheid aan ouders geboden wordt om "zich van het voor hun kinderen gewenste onderwijs te verzekeren".[47] De focus is in de loop der tijd steeds meer verschoven naar de onderwijsvrijheid als aanbiedersrecht. De eerder door de raad aanbevolen moderne interpretatie van artikel 23 Grondwet beoogt die achterliggende ratio te herstellen.

De onderscheiden oriëntaties hoeven niet te botsen. Artikel 2, eerste protocol, EVRM laat de staat vrij in het inrichten en regelen van het onderwijsstelsel, zolang eenieders recht op onderwijs maar gerealiseerd kan worden. Artikel 2, eerste protocol, EVRM verzet zich dan ook niet tegen overheidstoezicht op het onderwijs, het stellen van deugdelijkheidseisen of het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van de onderwijsgevenden in de bij wet aangewezen vormen van onderwijs. Artikel 2, eerste protocol, EVRM biedt eveneens ruimte voor het door artikel 23 Grondwet geregelde duale stelsel. Het kan zelfs een manier zijn om de tweede volzin van artikel 2, eerste protocol, EVRM in te vullen. De wettelijke regeling van het bestaan van bijzondere scholen op religieuze grondslag c.q. het samenspel van de vrijheid van oprichting, richting en inrichting kan een instrument zijn waarmee de staat uitvoering geeft aan zijn verdragsverplichtingen voortvloeiend uit artikel 2, tweede volzin, eerste protocol, EVRM. Een duaal stelsel is één vorm om een pluralistisch onderwijsaanbod in stand te houden.[48] Zo oordeelde het EHRM in een zaak over seksuele voorlichting aan Deense staatsscholen dat het opnemen daarvan in het curriculum niet in strijd was met de plicht om religieuze opvattingen van ouders te respecteren, mede

[43] Onderwijsraad, 2012.
[44] Zie o.a. Glenn, Ch. & De Groof, J. (2005). *Balancing Freedom, Autonomy and Accountability in Education,* vol. 1. Nijmegen: WLP, p.83-87.
[45] Mentink, Vermeulen & Zoontjens, 2013.
[46] Onderwijsraad, 2012; Mentink, Vermeulen & Zoontjens, 2013, p.34.
[47] Onderwijsraad, 2012, p.22.
[48] EHRM 19 oktober 2012, (Catan et al t. Moldavië en Rusland).

in het licht van het bestaan van een volwaardig alternatief in de vorm van door de staat bekostigde private scholen waarnaar bezwaarde ouders kunnen uitwijken.[49]

Met het oog op de tweede volzin van artikel 2, eerste protocol, EVRM kunnen wel vraagtekens geplaatst worden bij de beperkte ruimte die het huidige systeem van schoolstichting biedt om tegemoet te komen aan de wens van ouders om hun kinderen onderwijs overeenkomstig hun overtuigingen te laten volgen. Mede daarom heeft de raad eerder aanbevolen om over te stappen op een systeem van richtingvrije scholenplanning, gebaseerd op een open richtingbegrip waarin ook plaats is voor pedagogische opvattingen, en het recht van ouders om zelf openbare scholen te stichten in ere te herstellen.[50]

d Geen horizontale werking

Bijzondere scholen zijn – ondanks de bekostigingsrelatie – private instanties. Daarom speelt bij bijzondere scholen specifiek de vraag of het door artikel 2, eerste protocol, EVRM gegarandeerde recht op onderwijs ook tegen bijzondere scholen ingeroepen kan worden. Brengt de verdragsbepaling ook rechtstreeks voor hen plichten met zich?

Artikel 2, eerste protocol, EVRM richt zich uitsluitend tot de staat. Het is in relatie tot de staat dat het recht op onderwijs geldend gemaakt kan worden en dat ouders aanspraak hebben op respect voor hun uit een godsdienst of filosofie voortkomende onderwijskeuze. De bepaling werkt niet door in verhoudingen tussen particulieren onderling (zij heeft geen 'horizontale werking').[51] Aangezien bijzondere scholen private instanties zijn, kan het recht op onderwijs van artikel 2, eerste protocol, EVRM hun niet tegengeworpen worden.

e Ruimte voor toelatingsbeleid

Gelet op de strekking van de eerste vraag in uw brief gaat de raad ten slotte nader in op de vraag of de grondwettelijke bevoegdheid van bijzondere scholen om als onderdeel van hun vrijheid van inrichting een toelatingsbeleid te voeren op denominatieve gronden, strijdig is met het door artikel 2, eerste protocol, EVRM gegarandeerde recht op onderwijs.

De Onderwijsraad meent dat artikel 2, eerste protocol, EVRM ruimte biedt voor het voeren van een toelatingsbeleid door scholen. Hieronder wordt ten eerste nagegaan hoe beperkte toegang zich verhoudt tot de op de staat rustende verplichting om niemand het recht op onderwijs te ontzeggen. Ten tweede wordt ingegaan op de vraag of artikel 2, eerste protocol, EVRM bijzondere scholen rechtstreeks verbiedt om een toelatingsbeleid op denominatieve gronden te voeren.

Het EHRM is terughoudend in het toetsen van het onderwijsbeleid van verdragsstaten. Veel aspecten van het onderwijsstelsel vallen binnen de sfeer van beleidsvrijheid van de staten (de 'margin of appreciation').[52] Ook de toelating van leerlingen tot het onderwijs valt onder deze beleidsvrijheid.[53] Het Hof treedt alleen op als er "zonder objectieve en redelijke rechtvaardiging" gediscrimineerd wordt en als er niet voldoende rekening wordt gehouden met de specifieke behoeften van etnische minderheden.[54] Zoals bij de beantwoording van de eerste

---

[49] EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark).
[50] Onderwijsraad, 2012, p.40-41.
[51] HR 9 april 1976, NJ 1976, 409 en HR 22 januari 1988, AB 1988/96 (Maimonides). Zie ook Vermeulen, 1999, p.106-107 en Mentink, Vermeulen & Zoontjens, 2014, p.17.
[52] Onderwijsraad, 2012; p.80; Mentink, Vermeulen & Zoontjens, 2013, p.32.
[53] Onderwijsraad, 2012; Mentink, Vermeulen & Zoontjens, 2013, p.33.
[54] Onderwijsraad, 2012; p. 81; EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00 (D.H. e.a. t. Tsjechië); EHRM Anatoliy en Vitaly Ponomaryov v Bulgarije; Mentink, Vermeulen & Zoontjens, 2014; p.33.

vraag is aangegeven, is binnen de regeling van het toelatingsbeleid van bijzondere scholen onder het Nederlandse recht geen ruimte voor dergelijke vormen van discriminatie.

Het recht op onderwijs verplicht de staat om effectief toegang tot onderwijs te verschaffen. Dat geldt zowel voor het funderend als voor het hoger onderwijs.[55] Zoals eerder aangegeven is die plicht beperkt tot toegang tot het stelsel van bestaande instellingen voor iedereen die zich op het grondgebied van de staat bevindt.[56] Het EHRM gaat daarbij niet zo ver om van een recht van toegang tot elke school te spreken. Het recht op onderwijs is bovendien niet absoluut, maar kan door de staat beperkt worden zolang de kern van het recht op onderwijs niet aangetast wordt, er een legitiem doel gediend wordt en de beperkingen voorzienbaar en proportioneel zijn.[57]

De raad meent dat de Nederlandse staat voldoet aan zijn uit de eerste volzin van artikel 2, eerste protocol, voortvloeiende verplichting. Via de algemene toegankelijkheid van het openbaar onderwijs[58] en het verbod voor bijzondere scholen om op denominatieve gronden te weigeren bij het ontbreken van openbaar onderwijs binnen redelijke afstand[59], zorgt de staat ervoor dat iedereen zijn door artikel 2, eerste protocol, EVRM gegarandeerde recht op onderwijs kan verwezenlijken.[60] De essentie van het recht op onderwijs dat iedereen toegang heeft tot onderwijs wordt daarmee gerealiseerd.

In dit licht bezien kan, mede gelet op het kleine aantal scholen dat een toelatingsbeleid op denominatieve gronden voert en de strikte condities die daarvoor gelden, het toestaan van bijzondere scholen om de toegang tot de school te beperken tot leerlingen van de eigen denominatie als proportioneel gezien worden. De beperking dient voorts het legitieme doel van het voorzien in onderwijsvoorzieningen die tegemoetkomen aan de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuigingen van ouders uit enkele minderheidsgroepen. De conclusie moet derhalve luiden dat een denominatief toelatingsbeleid van instellingen zoals Nederland dat thans kent, niet in strijd is met de verdragsbepaling.

Artikel 2, eerste protocol, EVRM kan – vanwege het eerder geconstateerde gebrek aan horizontale werking – niet direct van toepassing worden geacht op het vraagstuk van toegang tot bijzondere scholen. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad volgt uit artikel 2, eerste protocol, EVRM geen verplichting voor niet door de overheid in stand gehouden scholen om leerlingen toe te laten en te onderwijzen: "Artikel 2 Eerste Protocol EVRM geeft de ouders wel tegenover de staat een fundamentele aanspraak op eerbiediging van hun keuze voor onderwijs van een bepaalde, met hun godsdienstige en filosofische overtuigingen overeenstemmende richting, doch schept niet een, jegens een particuliere instelling die onderwijs van zulk een richting verzorgt, geldend te maken recht op het verschaffen aan hun kinderen van zodanig onderwijs."[61]

---

[55] EHRM 29 juni 2004, nr. 44774/98 (Leyla Şahin t. Turkije); EHRM Research Division, 2011, p.18.
[56] EHRM 23 juli 1968, Publ. ECHR, Series A, vol. 6 (Belgische Taalzaak); EHRM Research Division, 2011, p. 17. Zie ook Vermeulen, 1999, p. 106.
[57] "The Court however recognises that, in spite of its importance, the right to education is not absolute, but may be subject to limitations. Provided that there is no injury to the substance of the right, these limitations are permitted by implication since the right of access 'by its very nature calls for regulation by the State'. In order to ensure that the restrictions that are imposed do not curtail the right in question to such an extent as to impair its very essence and deprive it of its effectiveness, the Court must satisfy itself that they are foreseeable for those concerned and pursue a legitimate aim. However, unlike the position with respect to Articles 8 to 11 of the Convention, it is not bound by an exhaustive list of 'legitimate aims' under Article 2 of Protocol No. 1. Furthermore, a limitation will be compatible with Article 2 of Protocol No. 1 only if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to achieve. Although the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in this sphere"; EHRM 27 mei 2014 (Velyo Velev t. Bulgarije); zie ook EHRM 19 oktober 2012, (Catan et al t. Moldavië en Rusland).
[58] Artikel 46, tweede lid, WPO; artikel 49, tweede lid, WEC; artikel 42, tweede lid, WVO.
[59] Artikel 58, eerste lid, WPO; artikel 60, eerste lid, WEC; artikel 48, eerste lid, WVO.
[60] Zie ook Mentink, Vermeulen & Zoontjens, 2014, p.33.
[61] HR 22 januari 1988, AB 1988/96 (Maimonides) r.o. 3.3. Zie ook Glenn & De Groof, 2005, p.307-308.

De bevoegdheid van bijzondere scholen om op denominatieve gronden een toelatingsbeleid te voeren in het kader van de grondwettelijke vrijheid van inrichting is daarom verenigbaar met artikel 2, eerste protocol, EVRM. De Grondwet en de daarop gebaseerde wetgeving en jurisprudentie van de Hoge Raad zijn zelfs strenger voor bijzondere scholen, nu daarbij het principe geldt dat leerlingen toegelaten worden tenzij aan de twee eerder genoemde, cumulatieve voorwaarden is voldaan.

3 Algemene conclusie

In uw brief van 10 november 2014 heeft u de Onderwijsraad twee vragen gesteld. In de eerste plaats vraagt u naar de verhouding tussen de zorgplicht van scholen in het kader van passend onderwijs en de mogelijkheid van bijzondere scholen om een toelatingsbeleid te voeren. In de tweede plaats vraagt u in hoeverre artikel 23 Grondwet in overeenstemming is met artikel 2, eerste protocol, EVRM.

Bij de zorgplicht van scholen voor de plaatsing van leerlingen met ondersteuningsbehoefte en het denominatief toelatingsbeleid van bijzondere scholen gaat het volgens de Onderwijsraad om twee verschillende vraagstukken, die elk op hun eigen merites beoordeeld dienen te worden. Uit bovenstaande bespreking volgt, naar de mening van de raad, dat de toegestane mogelijkheid voor bijzondere scholen om een toelatingsbeleid op grond van hun richting te voeren, geen ruimte biedt om specifiek leerlingen met ondersteuningsbehoefte de toegang tot de school te weigeren. Het toelatingsbeleid dient te voldoen aan twee cumulatieve voorwaarden: 1) de weigeringsgrond komt overeen met de doelstellingsbepaling in de statuten; en 2) het toelatingsbeleid is in overeenstemming met de doelstelling en wordt consistent uitgevoerd. Deze voorwaarden gelden gelijkelijk bij aanmelding van leerlingen zonder en leerlingen met ondersteuningsbehoefte. De zorgplicht uit hoofde van passend onderwijs dient op zichzelf te worden beoordeeld. Dit betekent dat een school moet bezien of en motiveren waarom hij al dan niet aan de ondersteuningsbehoefte van een aangemelde leerling kan voldoen.

Voorts is van strijd tussen de Grondwet en het (eerste protocol van het) EVRM volgens de Onderwijsraad geen sprake. Door de inrichting van het onderwijsstelsel met enerzijds algemene toegankelijkheid van openbare scholen en anderzijds bijzondere scholen die in beperkte mate en binnen juridische grenzen een toelatingsbeleid op grond van richting mogen voeren, voldoet de staat aan zijn verplichting om het recht op onderwijs te garanderen; mede in het licht van de door het EHRM in acht te nemen beleidsvrijheid van staten.

Met beleefde groet,

Prof. dr. G.T.M. ten Dam
Voorzitter

Drs. A. van der Rest
Secretaris